Casse-tête pour les entreprises

Transfert de bail commercial, mode d'emploi

Les baux commerciaux sont généralement conclus pour une longue période et constituent une charge importante pour les entreprises. Il n'est donc pas rare, en cas de difficultés financières par exemple, que celles-ci souhaitent se départir du contrat avant son échéance, ce que permet le transfert de bail. Si les principes de la résiliation anticipée sont généralement connus, ceux du transfert de bail et les risques qu'ils comportent le sont généralement moins.

Le transfert de bail commercial est régi par l'article 263 du Code des Obligations (CO), à teneur duquel «Le locataire d'un local commercial peut transférer son bail à un tiers avec le consentement écrit du bailleur». Il s'agit donc d'un contrat tripartite, par lequel l'ancien locataire (le transférant) cède ses droits et obligations à un nouveau locataire (le reprenant), moyennant l'accord du bailleur. Le transfert de bail est particulièrement adapté lorsque le locataire compte remettre son commerce à un tiers. A défaut, le locataire aura davantage intérêt à restituer les locaux de manière anticipée conformément à l'article 264 CO, le consentement du bailleur n'étant pas requis. Le locataire pourra en effet se contenter de présenter un nouveau locataire solvable, avec lequel le bailleur ne sera cependant pas obligé de conclure un bail. Le simple fait de présenter un nouveau locataire solvable suffira cependant à libérer le locataire sortant de ses obligations. Au contraire, lorsque les conditions légales du transfert de bail sont réunies, le bailleur ne peut s'y opposer et doit accepter le reprenant comme nouveau locataire. Voyons quelles sont ces conditions.

Contrat de remise de commerce

Le transfert du bail commercial suppose en premier lieu que le transférant et le reprenant s'entendent sur les modalités de remise du commerce. Ce contrat portera généralement et principalement sur la cession des droits et obligations découlant du bail, mais aussi, par exemple, sur la cession du mobilier, de la clientèle, d'éventuels stocks ou encore des contrats de travail des employés. Si le transfert ne porte que sur les locaux et non sur un commerce, le contrat de remise sera limité à la cession du contrat de bail. A cet égard, le bailleur ne sera pas partie à

▸ Me Cédric Lenoir.

ce contrat et n'aura pas vocation à en influencer les termes, au risque que la transaction soit qualifiée de transaction couplée, interdite par l'article 254 CO (cette disposition interdit de conditionner la conclusion d'un bail à d'autres engagements qui ne sont pas liés au bail lui-même). Par prudence, il sera cependant recommandé de conditionner la validité du contrat de remise du commerce au consentement du bailleur. Rappelons enfin qu'un contrat de remise de commerce prévoyant le paiement d'un pas-de-porte peut, dans certaines circonstances, conduire à sa nullité pure et simple (art. 20 CO). On parle de pas-de-porte lorsque le transférant monnaie le simple droit de reprendre les locaux, sans que la somme versée ne corresponde à une contre-valeur économique (*goodwill*, mobilier, travaux etc.). Il s'agira dès lors d'être prudent dans la rédaction du contrat de transfert, qu'il sera généralement préférable de soumettre à un avocat ou à un professionnel de l'immobilier.

Consentement du bailleur

Le consentement du bailleur est une condition de validité du transfert. Il revient au transférant de le requérir, et non au reprenant. Si la demande n'est soumise à aucune forme, le consentement du bailleur doit cependant intervenir par écrit. Le bailleur pourra exiger du transférant qu'il lui fournisse les renseignements

▸ **Le consentement du bailleur est une condition de validité du transfert.**

propres à se déterminer sur la qualité et la solvabilité du reprenant. Il peut s'agir d'un extrait de poursuites, des bilans et comptes de pertes et profits, ou encore de l'autorisation d'exploitation du commerçant. Il n'est pas rare en pratique que le bailleur exige aussi la production du contrat de remise de commerce. Le bailleur ne peut refuser son consentement au transfert de bail qu'à l'appui de justes motifs (art. 273 al. 2 CO). De tels motifs peuvent résulter du fait (1) que le reprenant est manifestement insolvable, (2) que le montant du loyer est manifestement trop élevé par rapport à ses capacités financières, (3) que le reprenant entende déployer des activités illicites ou immorales, (4) que le reprenant souhaite réaliser d'importants travaux modifiant la destination originelle des locaux, (5) que le transférant exige un pas-de-porte du reprenant, (6) que le reprenant ne dispose pas des autorisations d'exploitation nécessaires (certificat cantonal de cafetier par exemple) ou encore (7) que le reprenant exerce une activité concurrente à celles des autres locataires en place. Si le bailleur n'indique pas les motifs de son refus ou que ceux-ci apparaissent abusifs, le transférant pourra saisir l'autorité de conciliation et conclure au transfert du bail en faveur du reprenant, et, cas échéant, réclamer d'éventuels dommages-intérêts résultant du préjudice subi en raison du refus injustifié.

Conséquences du transfert

Une fois le consentement du bail donné par le bailleur, le reprenant est subrogé au transférant (art. 263 al. 3 CO). En pratique cela signifie que le transférant devient débiteur de l'ensemble des obligations découlant du contrat de bail, soit au premier chef le paiement des loyers. A cet égard, le reprenant n'aura pas la faculté de le contester en application de l'article 270 CO (contestation du loyer initial). Tous les termes du contrat resteront inchangés, soit notamment l'échéance contractuelle du bail. En outre, et à supposer qu'une procédure judiciaire soit en cours au moment du transfert, le reprenant se substituera au transférant (acquisition de la légitimité active et passive). Il est au demeurant important de savoir que le transfert de bail n'implique aucune restitution des locaux et partant, aucun état des lieux. Par conséquent, à l'échéance du bail, le reprenant s'expose à devoir indemniser le bailleur pour tous les dégâts constatés dans les locaux, que ceux-ci aient été causés par le transférant ou le reprenant. On recommandera ainsi aux parties, soit plus singulièrement au reprenant et au transférant, de faire un état des lieux avant le transfert et d'en tenir compte dans les termes de la convention de remise de commerce, au besoin. S'agissant des sûretés (caution), le bailleur exigera généralement que le reprenant en constitue de nouvelles avant de libérer celles du transférant. Là encore, il paraît judicieux de prévoir une clause expresse à ce sujet dans la convention de remise du commerce.

Responsabilité solidaire

Il n'est pas rare que les parties ignorent la règle prévue à l'article 263 al. 4 CO à teneur duquel le transférant répond solidairement avec le reprenant des obligations du bail jusqu'à son expiration ou sa résiliation, pour deux ans au plus à compter du transfert. Concrètement, si les parties n'excluent pas expressément cette responsabilité solidaire, le transférant pourra être recherché par le bailleur pour des impayés du reprenant, ce jusqu'à deux ans après le transfert du bail. Cette responsabilité solidaire s'étend par ailleurs également aux éventuels dégâts que causerait le reprenant dans les locaux. Cette responsabilité solidaire a été voulue par le législateur comme corollaire à l'obligation du bailleur d'accepter le reprenant. Le bailleur peut cependant très bien renoncer à ce privilège légal, cet alinéa de l'article 263 CO n'étant pas impératif.

Conclusion

Comme souvent en matière de droit du bail, le diable se cache dans les détails. Si les principes du transfert de bail paraissent simples, ses conséquences juridiques recèlent quantités de pièges dans lesquels tombent de nombreux locataires ou bailleurs mal informés ou mal conseillés. A cet égard, la négociation et la rédaction du contrat de remise de commerce sont capitales et impliquent une parfaite connaissance des risques juridiques et des enjeux découlant du transfert de bail. Les risques financiers découlant d'un transfert mal négocié et mal ficelé peuvent être considérables, si l'on considère le montant des loyers parfois en jeu ou le montant des réparations qui peuvent être imputées au transférant jusqu'à deux ans après le transfert. Comme le dit un proverbe québécois, «qui risque un œil les perd les deux»... ■

Me Cédric Lenoir,
avocat Etude Lalive, Genève

le déménagement en douceur
Devis gratuit
BALESTRAFIC
©022 308 88 00 - www.balestrafic.ch

P. Fuhrer pianos
OFFRE SPÉCIALE
un mois de location gratuit*
RENTREE 2015
Pianos-Service P.Fuhrer S.A. • 50, avenue de la Praille • CH-1227 CAROUGE (GE)
tél: +4122 343 4031 • fax: +4122 343 4041 • info@pianos-service.ch • pianos-service.ch
* Sur contrat de 12 mois, valable jusqu'au 31/10/2015

SPÉCIALISTE
CLÉS & SERRURES
RAPID CLÉS SERRURES
Autos - Mots - Scooters
Clés bâtiments mises en passe
MUL-T-LOCK
www.cles-ch.com
6, chemin du Repos - 1213 Petit-Lancy
Tél. 022 793 03 83